

RFDA 2007 p. 917

Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence (1)
A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007 *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe* (2)

Franck Moderne, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**

En dehors de l'avancée incontestable - et fortement soulignée par la conférence de presse organisée le 18 juillet 2007 par le Conseil d'Etat -, que constitue l'ouverture aux concurrents évincés d'un nouveau recours de pleine juridiction contre le contrat administratif lui-même, la Haute juridiction a choisi de faire usage de l'important pouvoir de modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, pouvoir dont on pouvait se demander si elle accepterait de se doter dans le prolongement d'un arrêt d'Assemblée tout aussi célèbre, du 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, relatif à la modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse (2).

Le droit des contrats administratifs, comme on peut s'en douter, manifestait une particulière sensibilité à la technique nouvellement ébauchée. Avant même que les enseignements de la décision *Association AC !* aient été diffusés avec l'orchestration que l'on connaît, le commissaire du gouvernement J. H. Stahl, dans ses conclusions sur l'arrêt de Section du 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux* (3), envisageait l'éventualité de

son utilisation dans le champ tourmenté des relations contractuelles, afin, disait-il, d'aménager « un nouvel équilibre entre le principe de légalité et l'exigence de stabilité des relations juridiques » (4).

Et d'ajouter : « Le nouvel équilibre impliquerait aussi, croyons-nous, que l'on reconnaisse au juge de l'excès de pouvoir la capacité de moduler la portée de ses décisions et d'adapter précisément les annulations qu'il prononce à la portée réelle des vices qu'il relève..., bref un vaste champ de réflexion pourrait être ouvert sur ce point pour éclairer les conséquences contentieuses qui découleraient d'une admission du recours pour excès de pouvoir contre le contrat ».

On observera que l'arrêt *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*, objet de ce commentaire, n'a pas choisi la voie de l'intervention du juge de l'excès de pouvoir, désormais habilité à procéder au contrôle des actes contractuels, à la demande des tiers intéressés. Il a opté, on le sait, en faveur d'un recours de plein contentieux, ouvert aux seuls concurrents évincés, quitte à donner au juge saisi une ample panoplie de moyens pour combattre les illégalités et en réduire les conséquences. Jugeons-en : prononcer lui-même la résiliation du contrat attaqué, modifier *proprio motu* certaines de ses clauses (ce n'est pas négligeable...), accorder des indemnités en réparation des droits lésés, annuler totalement ou partiellement (le cas échéant avec effet différé) le contrat en cause - sans oublier un éventuel référé précontractuel qui permettrait d'en suspendre l'exécution. Nul besoin, dans ces conditions, d'en passer par le pouvoir de modulation dans le temps des effets d'une annulation dans l'hypothèse où le recours pour excès de pouvoir aurait été nouvellement promu dans le champ contractuel...

On ne s'étendra pas sur les raisons de ce choix ; elles ont été explicitées notamment dans les conclusions du commissaire du gouvernement D. Casas, lequel observait qu'une extension du recours pour excès de pouvoir dans la matière contractuelle s'accompagnerait sans doute, à la longue, d'un fléchissement regrettable dans la rigueur pourtant nécessaire de l'identification d'un intérêt à agir, au risque de compromettre l'équilibre global du système de contrôle. Il ajoutait qu'une « application systématique » de la jurisprudence *Association AC !* - autre conséquence qu'il y aurait lieu de redouter dans un contentieux aussi « personnalisé » que celui des contrats - conduirait à une véritable dénaturation de cette jurisprudence, dont l'usage ne se justifie sur le terrain qu'à dose homéopathique. Il relevait enfin que le contentieux contractuel devait conserver sa part d'originalité face au recours pour excès de pouvoir, en dépit de la promotion spectaculaire dont bénéficie ce dernier depuis quelques décennies et de l'ampleur sans cesse accrue du contrôle qu'il est amené à opérer sur l'action administrative, au nom de la légalité *lato sensu*. Il convenait donc à ses yeux d'imaginer une solution qui s'inscrirait d'elle-même dans le champ contractuel et respecterait l'autonomie de ce type de contentieux : ce sera l'octroi aux concurrents écartés d'un véritable recours de pleine juridiction.

Cela dit, et quand bien même la technique de la modulation dans le temps des effets des annulations pour excès de pouvoir se trouverait écartée avec le recours pour excès de pouvoir lui-même, l'affaire *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe* a offert à la haute juridiction administrative l'occasion d'aborder clairement le problème controversé des effets des revirements de jurisprudence. Là encore, les conclusions du commissaire du gouvernement Casas livrent les éclairages pertinents : il ne s'agit pas de céder à un « effet de mode », qui saisirait le contentieux contractuel après avoir exercé son pouvoir de séduction dans d'autres chapitres du contentieux administratif ou dans des disciplines voisines ; il était en revanche opportun que le Conseil d'Etat, prenant appui sur un litige qui s'y prêtait tout particulièrement (puisqu'il s'agissait des incidences prévisibles de l'introduction d'un nouveau recours contentieux dans le vaste domaine des relations contractuelles nouées par les personnes publiques), apporte sa contribution à la réflexion contemporaine, conduite à l'échelle nationale comme à l'échelle européenne, sur la problématique des effets rétroactifs des changements de jurisprudence.

Le considérant essentiel est ici le suivant : « [...] il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; [...] toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas apporté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ».

Un tel libellé appelle quelques observations ; elles porteront notamment sur le processus suivi pour parvenir à ce raisonnement et sur le contexte dans lequel il s'insère.

A - L'analyse de la jurisprudence antérieure à l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007 traduit les réticences du Conseil d'Etat devant les perspectives d'une modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, et de l'abandon, même partiel, du postulat selon lequel la jurisprudence était censée exprimer un état de droit qui avait toujours existé. La doctrine s'en était d'ailleurs parfois émue (5).

Plusieurs affaires jalonnent en effet le parcours hésitant d'un concept incertain.

La première a donné lieu à un arrêt de sous-sections réunis du 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare* (6), dont Jacques-Henri Stahl rappelle toutefois qu'il a marqué une réaction significative sur ce point controversé (7).

Les données en sont simples : à propos du contrôle en cassation d'un arrêt de cour d'appel qui continuait à faire application, en matière de retrait d'un acte administratif unilatéral illégal mais créateur de droits - en l'occurrence, un permis de construire -, des principes de la jurisprudence dite *Dame Cachet* (CE 3 nov. 1922), alors que ces principes avaient été très sensiblement modifiés par l'arrêt d'Assemblée du 26 octobre 2001, *Ternon* (8), la haute juridiction a estimé que le juge d'appel avait « entaché cette partie de son arrêt d'erreur de droit » et qu'il ne pouvait s'abriter derrière le principe de sécurité juridique énoncé à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (relatif au « droit à un procès équitable ») pour soutenir que la légalité du retrait litigieux ne pouvait être appréciée qu'au regard des principes jurisprudentiels établis à la date de lecture de l'arrêt le concernant. Dès lors que le retrait en cause et les décisions juridictionnelles des juges du fond étaient tous antérieurs à l'arrêt *Ternon*, il y avait lieu de faire jouer pleinement les effets du revirement jurisprudentiel et d'écarter l'éventualité d'un droit transitoire permettant de prendre en compte les situations antérieures. Au surplus, c'est le Conseil d'Etat lui-même, juge de cassation, qui a relevé l'erreur de droit commise par les premiers juges, lesquels s'étaient prononcés en fonction des principes régissant alors le retrait des actes administratifs illégaux. Mais la question avait été débattue au sein de la haute assemblée et c'est peut-être parce que l'affaire n'avait pas été jugée suffisamment significative que le débat n'avait pas été poursuivi plus avant... (9).

Les choses, selon toute vraisemblance, n'avaient pas encore suffisamment mûri lorsque fut rendu, le 13 octobre 2005, un autre arrêt de sous-sections réunis dans une affaire *SA Placoplâtre* (10).

Il s'agissait en l'espèce d'une décision du juge des référés, appelé à se prononcer en urgence sur la légalité d'une décision préfectorale prescrivant à une entreprise de procéder sans tarder au remblaiement d'une carrière située sous une propriété privée, en raison des risques d'effondrement du terrain.

Une première demande de référé-suspension avait été présentée par l'exploitant de la carrière qui se plaignait notamment de ne pas avoir été prévenu en temps opportun de la date et du lieu de réunion de la commission départementale des carrières dont la consultation est normalement requise en pareille hypothèse. Mais elle fut rejetée par le juge des référés, dont la décision fut confirmée par le Conseil d'Etat, motif pris de ce que le délai de convocation prévu par les textes n'avait pas été clairement prescrit à peine de nullité de la procédure. Un second arrêté préfectoral fut donc émis sans tarder. Soumis au juge des référés, il fit l'objet d'une ordonnance de rejet qui fut à son tour déferée au Conseil d'Etat.

Or, avant que la Haute Juridiction se prononce, un arrêt d'Assemblée en date du 8 juillet 2005, *Société Aluisse-Lonza-France* (11) avait pris position, dans le cadre d'une autre espèce, sur la nature juridique du délai litigieux et il y avait vu un délai prescrit à peine de nullité.

S'interrogeant sur les effets de ce revirement jurisprudentiel, le commissaire du gouvernement Y. Aguila avouait un certain embarras. S'il s'était agi de statuer sur une décision du juge du fond, il aurait préconisé l'application des principes traditionnels et la cassation des décisions éventuellement non conformes. Mais, dans le contexte de la procédure de référé, un certain assouplissement n'était pas inconcevable : l'office du juge des référés n'est-il pas de déterminer si, en l'état de l'instruction, l'un au moins des moyens invoqués est de nature à créer « un doute sérieux » ? Et ce juge n'est-il pas, aux termes mêmes d'un arrêt de Section du 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne* (12), invité à se livrer « à une appréciation souveraine des circonstances de l'espèce qui, en l'absence de dénaturation, ne peut être discutée » ? Dès lors, le juge de cassation ne serait-il pas en droit de considérer qu'une jurisprudence postérieure à une première ordonnance de référé n'a pas à interférer, à ce stade de la procédure, sur la validité d'une seconde ordonnance et sur la solution du litige ?

Pourtant il ne fut pas suivi par le Conseil d'Etat sur ce terrain et la seconde ordonnance de référé fut annulée pour « erreur de droit ». Si l'on en juge par les termes utilisés dans le recueil Lebon pour présenter l'affaire, c'est bien « la portée rétroactive des revirements de jurisprudence » qui a conduit le juge de cassation à censurer pour erreur de droit le juge des référés encore qu'il ait correctement apprécié le doute créé par un moyen invoqué en défense, en l'état de la jurisprudence alors en vigueur...

Une autre affaire, dans ce contexte d'incertitudes, défraya peu après la chronique, l'affaire *Société Leroy-Merlin* (CE, Sect., 10 mars 2006) (13).

Elle portait, rappelons-le, sur l'éventuelle extension de l'obligation de recours administratif préalable à tout tiers intéressé par l'annulation d'une autorisation d'équipement commercial, quand bien même il n'aurait pas été expressément mentionné par les textes instituant un tel recours. La question se posait depuis que le Conseil d'Etat, en sous-sections réunies, avait imposé une telle obligation dans le contexte spécifique des relations ordinaires (14). Il s'agissait précisément de savoir si les tiers concernés par les décisions des commissions d'équipement commercial pourraient continuer à saisir directement la juridiction administrative sans passer par le filtre de l'examen préalable du recours par la Commission nationale d'équipement commercial.

L'enjeu n'était pas des plus minces : si, compte tenu des similitudes procédurales dans les situations en cause, la haute juridiction avait généralisé l'obligation de recours administratif préalable, il aurait fallu mesurer l'impact de ce revirement de jurisprudence sur les contentieux en cours. Ce qui explique les préoccupations du commissaire du gouvernement Y. Struillou qui proposait à la Section du contentieux non de revenir *ex abrupto* sur le principe de la rétroactivité des règles jurisprudentielles, « mais, de façon pragmatique, de limiter cet effet quand est en cause le droit du citoyen à saisir le juge... ». A ses yeux, il convenait d'atténuer les conséquences manifestement excessives qu'aurait comportées la rétroactivité en la dotant d'« amortisseurs » destinés à en atténuer l'impact (15) et notamment en modulant dans le temps ses effets potentiels - d'autant qu'était en jeu le droit au recours dont on sait qu'il bénéficie d'une protection renforcée tant dans l'ordre interne (art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme) que dans l'ordre international (art. 13 de la Convention européenne des droits de l'homme) (16).

Aussi bien la Section du contentieux a-t-elle préféré ne pas procéder au revirement envisagé et, en conséquence, ne pas étendre la jurisprudence *Louis* au-delà de son champ d'application initial, celui des décisions ordinaires.

Cette esquivance ne signifiait pas pour autant que le problème ne se posait plus...

Il convient d'écarter du débat un arrêt de Section ultérieur, du 27 octobre 2006, *Société Techna et autres* (17), qui a trait davantage à la modulation dans le temps des effets des jugements de tribunaux administratifs (il s'agissait plus précisément d'une décision juridictionnelle rejetant au fond un recours en annulation contre un acte préalable suspendu) - ainsi qu'un autre arrêt, également de Section, lu le 13 décembre 2006, *M^{me} Lacroix* (18), qui, lui, se rattache plutôt au régime du droit transitoire dans ses relations avec le principe de non-rétroactivité des actes administratifs et avec le principe de sécurité juridique : aucune de ces affaires ne concernait à proprement parler un revirement rétroactif de jurisprudence.

C'est donc à juste titre que le communiqué de presse du 18 juillet 2007 relevait que l'arrêt d'Assemblée *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe* « innove également en ce que, pour la première fois, le Conseil d'Etat décide de limiter

l'effet rétroactif de l'important revirement de jurisprudence ainsi opéré ».

Le commissaire du gouvernement D. Casas avait en effet envisagé l'éventualité de conséquences néfastes en cas d'application immédiate, brutale et sans nuance de la nouvelle jurisprudence ouvrant une voie de droit supplémentaire contre les contrats administratifs. Mais il restait hostile à une trop grande latitude laissée sur ce terrain au juge administratif. Il estimait qu'un tel pouvoir serait en définitive peu compatible avec l'office du juge dans notre conception de l'Etat et de la séparation des pouvoirs - et qu'il conduirait tôt ou tard à des violations de l'article 5 du code civil prohibant les arrêts dits de règlement.

C'est donc à titre exceptionnel qu'il proposait une modulation limitée des effets du revirement jurisprudentiel, qui ne pourrait être invoqué que pour les contrats dont la procédure de passation aurait été engagée postérieurement à la date de l'arrêt *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe*.

Cette suggestion fut retenue par la Haute Juridiction.

Il n'en irait différemment, selon des principes déjà posés par une jurisprudence antérieure (19), que pour le litige ayant donné lieu au revirement jurisprudentiel ainsi que pour des litiges déjà engagés à la date de lecture de la décision de revirement et ayant le même objet.

Comment apprécier la nouvelle démarche sur le plan juridique, en fonction du contexte dans lequel elle s'insère ?

B - L'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007 se situe dans le vaste débat qui anime les milieux juridiques depuis plusieurs années - notamment en droit privé - autour du thème des revirements de jurisprudence. Il suffira d'évoquer les controverses qui ont accompagné la remise au premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, du rapport élaboré par un groupe de travail présidé par le professeur Nicolas Molfessis sur ce thème (20) et l'arrêt rendu le 21 décembre 2006 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (21), qui a consacré en formation solennelle, le principe dit de « revirement pour l'avenir » (22). En filigrane se profilent les problèmes récurrents de l'office du juge, de l'extension incontrôlée de son pouvoir normatif et des droits fondamentaux des justifiables.

Il va sans dire que le contentieux administratif ne saurait rester à l'abri de ces turbulences et que le maniement de la politique jurisprudentielle des revirements de jurisprudence contribuera à mieux le situer dans le grand débat contemporain.

On s'en tiendra ici à quelques observations.

1 - On ne constatera pas que la problématique globale des revirements de jurisprudence est d'abord axée sur le rôle normatif du juge : le simple fait de pouvoir déterminer dans quelles conditions la nouvelle jurisprudence sera désormais applicable met en relief le rôle spécifique du juge (dans l'ordre administratif comme dans l'ordre judiciaire) dans la production normative.

Au demeurant, c'est là l'une des raisons pour lesquelles le thème des revirements de jurisprudence a été traité par le Conseil d'Etat séparément, plus tardivement et avec d'avantage de précaution que celui de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses : il ne s'agissait pas seulement d'aménager la mise en oeuvre d'une décision de justice singulière, il fallait mesurer les conséquences d'un changement de jurisprudence dans un champ contentieux - c'est à dire d'un changement dans la motivation profonde du raisonnement jurisprudentiel. Ce qui posait la question en termes de pouvoir normatif du juge (23).

La différence des enjeux justifiait cette prudence. Que le juge soit créateur de droit ne fait de doute pour personne (24) ; qu'il soit créateur de règles juridiques pose d'autres problèmes qui touchent à l'ordre juridique dans sa configuration même ; le pouvoir de neutraliser, le cas échéant, la rétroactivité de la solution jurisprudentielle et d'imposer en conséquence une autre solution, fût-elle elle-même provisoire, l'apparente à certains égards au législateur ou à l'autorité réglementaire. Certains estiment même que « les revirements portent au plus haut le pouvoir normateur du juge » (25) et évoquent à cet égard la « légisprudence » (26). D'autres observent que la nécessaire intervention de la loi pour briser une jurisprudence qui déplaît (27) établissait déjà par elle seule la nature normative de la règle prétorienne. Ce phénomène s'est accentué avec la politique de la rétroactivité des revirements de jurisprudence, dans la mesure où une telle démarche implique une dissociation potentielle et progressive entre le règlement du litige et la création de la règle prétorienne qui en est issue. Lorsqu'une prescription jurisprudentielle se présente elle-même comme une règle générale et entend mobiliser l'arsenal des sanctions qui en assurera le respect, on assiste à une confirmation, entre les mains du juge, de son pouvoir normatif ; de sorte que tout droit jurisprudentiel transitoire s'inscrit « dans le prolongement naturel d'une compétence normative durablement installée et à peu près unanimement admise », dont la légitimité n'a pu se renforcer avec la mission nouvellement assignée au juge dans la protection des droits fondamentaux.

Il ne sert pas à grand chose de prétendre que le revirement jurisprudentiel, en fin de compte, n'est pas contraignant (l'argument est évoqué dans le rapport *Molfessis*), ni pour des justiciables ni pour les tribunaux, et que les juridictions appelées à y procéder restent libres de leurs appréciations, voire peuvent revenir sur le revirement lui-même... Ce sont là des arguties qui ne sauraient masquer les comportements de fait des acteurs : les revirements sont perçus comme effectivement obligatoires (28).

Est-on alors loin de l'arrêt de règlement, formellement prohibé par l'article 5 du code civil (« il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ») ? Les auteurs du Rapport Molfessis s'en défendent ; d'autres estiment que tel est bien le cas (29), dès lors qu'une juridiction ne tranche pas un litige mais énonce à l'avance les règles qu'elle appliquera aux litiges à venir (30).

Comme on le voit, le débat est des plus vastes...

2 - Quelques interrogations, plus concrètes, ne manqueront pas d'être posées, s'agissant du traitement jurisprudentiel de la politique de régulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence.

La première (on se bornera à l'évoquer) tient à l'identification exacte d'un « revirement ». A partir de quel type ou de quel degré de modification dans la motivation antérieurement retenue y a-t-il authentique « revirement » ? Certains observateurs, en droit privé, estiment que « les véritables revirements ne sont pas très nombreux » (31) et soulignent que le Rapport sur les revirements de jurisprudence « comporte de très intéressants développements consacrés à la notion de vrai revirement... et à la quasi-impossibilité de le cerner précisément » (32).

Tous les revirements dûment authentifiés doivent-ils être traités de la même manière ? Du côté du droit administratif, il y a longtemps que l'on a observé que nombre de « revirements » sont -ou ont été- décidés dans l'intérêt des administrés ; de sorte qu'il paraît paradoxal de vouloir en « moduler » les effets dans le temps.... Du côté du droit privé, on conteste parfois le postulat selon lequel les revirements seraient par nature « pervers » (33). De sorte qu'il y aurait peut-être lieu de faire un tri en fonction des situations litigieuses (mais selon quels critères ?).

L'affaire traitée par la Cour de cassation dans son arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2006 (précité) montre que la haute juridiction judiciaire, bien que la question ait fait l'objet de vives polémiques (34), n'avait pas été saisie du thème des revirements rétroactifs de jurisprudence par l'une ou l'autre des parties en cause ; elle avait soulevé le moyen d'office, marquant ainsi sa volonté d'assumer pleinement ce nouveau pouvoir. On rappellera que le motif retenu était le risque pour la victime, dans l'hypothèse où le revirement aurait été appliqué rétroactivement, de se voir privée d'un procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (35).

La question semble avoir été abordée de la même manière par le Conseil d'Etat dans l'arrêt commenté. Il est vrai qu'elle relève davantage de la politique jurisprudentielle que du traitement d'un litige déterminé (à la différence de la modulation dans le temps des annulations contentieuses). Cela dit, on est en droit de poser la question du rôle des parties au procès qui servira de point d'appui au revirement envisagé - ainsi que celle de l'intervention éventuelle des tiers éventuellement intéressés par un tel revirement (36).

En ce qui concerne le fondement du pouvoir de modulation, l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007 se réfère spécifiquement à deux arguments dont la combinaison se retrouvera vraisemblablement dans d'autres cas de figure.

En premier lieu, il souligne que la reconnaissance d'un nouveau recours de pleine juridiction au profit des concurrents évincés d'un contrat public ne comporte en elle-même aucune limitation « au droit fondamental qu'est le droit au recours ». C'est admettre par là-même, au-delà de la mise en exergue du droit au recours dans la catégorie générique des droits fondamentaux, que la solution eût sans doute été différente si le droit des justiciables à une protection juridictionnelle s'était trouvé affaibli.

En second lieu, c'est en raison de « l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux situations contractuelles en cours » que le nouveau recours de pleine juridiction « ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ».

La référence à une perturbation « excessive » des relations contractuelles avait déjà été utilisée au soutien de la consécration officielle du principe de sécurité juridique, dans l'arrêt d'Assemblée du 24 mars 2006, *Société KPMG*, précité.

La justification des limites éventuellement apportées à la rétroactivité des revirements jurisprudentiels doit reposer en définitive, en droit interne comme en droit européen, sur d'impérieuses considérations d'intérêt général.

Outre les fondements auxquels il vient d'être fait référence, il est vraisemblable que d'autres motifs seront invoqués à l'occasion : droits de la personne humaine, principe de légalité, principe de continuité du service public, principe de liberté du commerce et de l'industrie, conformité ou non-conformité au droit communautaire, etc.

Toute démarche s'appuyant sur la jurisprudence *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe* impliquera en toute hypothèse une mise en balance des éléments susceptibles d'interférer dans la décision jurisprudentielle. C'est lorsque le déséquilibre apparaîtra trop important -et sous réserve des politiques unificatrices conduites par les juridictions supérieures- qu'une modulation des effets d'un changement de jurisprudence pourra être envisagée. Mais il faudra accepter une part de subjectivité (d'arbitraire ?) dans le choix et la pesée des arguments contradictoires qui ne manqueront pas d'être présentés. La pression des intérêts économiques pourrait, dans certaines matières, fausser le débat (37). Quant à la sécurité juridique, elle se prête, nul ne l'ignore, à des utilisations variables au gré des circonstances (38).

D'autres interrogations surgiront. La technique de la modulation des effets des revirements de jurisprudence restera-t-elle exceptionnelle ou a-t-elle vocation à se banaliser ? Quel que soit le sens de l'évolution, il reste qu'elle confère au juge administratif des pouvoirs nouveaux d'un usage délicat. Il lui appartient de ne pas en abuser.

Mots clés :

MARCHE PUBLIC * Contentieux * Recours des tiers * Recevabilité

CONTRAT ADMINISTRATIF * Contentieux * Recours des tiers * Recevabilité

PROCEDURE CONTENTIEUSE * Recours pour excès de pouvoir * Recevabilité * Contrat administratif * Tiers * Pouvoir du juge * Jugement * Revirement de jurisprudence

(1) Dans son numéro 5/2007, la Revue française de droit administratif a publié un dossier relatif à l'arrêt *Société Tropic Travaux Guadeloupe* qui, outre la présente contribution, comporte les articles suivants :

Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé par Dominique Pouyaud, p. 923

Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles, par Marguerite Canedo-Paris, p. 935

Sur une tentative d'extension du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, par Marie-Caroline Vincent-Legoux, p. 951

Les recours en manquement pour violation du droit communautaire des marchés publics, concl. sur CJCE 18 juill. 2007 par Verica Trstenjak, p. 958

Note, par Pierre Delvolvé, p. 972

(2) Lebon 197, concl. C. Devys ; GAJA, 16^e éd., 2007, p. 906, n° 116, obs. MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois ; RFDA 2004. 454, concl. C. Devys ; AJDA 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; J. C. Bonichot, L'arrêt « AC ! » : évolution ou révolution ?, AJDA 2004. 1049 ; J. H. Stahl et A. Courrèges, Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux, RFDA 2004. 438 ; F. Berguin, Les recalculés sont-ils devenus OJM (objets juridiquement modifiés) ?, AJDA 2004. 1219 ; Dr. adm. juill. 2004, p. 26, note M. Lombard ; X. Prétot, Le contentieux de l'assurance-chômage entre le juge civil et le juge administratif. Erreur de calcul ou erreur de droit ?, Dr. soc. 2004. 766 s. ; JCP 2004. II. 10819, note J. Bigot ; JCP A 2004. 1662, note J. Bigot ; LPA 18 oct. 2004, note F. Melleray ; *ibid.* 4 févr. 2005, note F. Melleray ; O. Dubos et F. Melleray, La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif, Dr. adm. août-sept. 2004, p. 8 s. ; LPA 17 nov. 2004, note P. Montfort ; D. 2005. 30, note L. Frier ; RDP 2005. 536, note Chr. Guettier.

(3) RFDA 1999. 128 s. ; on observera au demeurant que le commissaire du gouvernement J. H. Stahl est le co-auteur, avec M^{me} A. Courrèges, d'une note à l'intention de Monsieur le Président de la Section du Contentieux, préc., dont l'influence n'a vraisemblablement pas été mineure dans la genèse de la jurisprudence *Association AC !* elle-même (V. aussi, du même auteur, An I après AC ! : les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt « Association AC ! », RJEP/CJEG 2005. 355 s.).

(4) V. aussi J. Gourdou et Ph. Terneyre, Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle,

RJEP/CJEG 1999. 245 s., not. 259 s. Les auteurs s'interrogent sur « le caractère nécessairement rétroactif de l'annulation prononcée par le juge de la légalité » et estiment qu'une déclaration d'illégalité devrait pouvoir s'accompagner à l'occasion du maintien de tout ou partie des effets passés de l'acte annulé. Il est juste de rappeler que quelques-uns des premiers ballons d'essai avaient été lancés sur ce terrain quelques années auparavant : V. par ex. G. Braibant, Questions pour le droit administratif, in *Le droit administratif*. Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilans et perspectives d'un droit en mutation, AJDA 1995 (numéro spécial). 11 s., not. 25 ; l'auteur s'était rallié, notamment à propos du contrôle de la légalité des actes réglementaires, à la politique jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes et préconisait en conséquence l'octroi au juge administratif du pouvoir de décider « dans chaque cas si les effets de l'annulation doivent être rétroactifs ou ne porter que sur l'avenir ». Proposition qui avait alors entraîné l'adhésion « chaleureuse » du président Daniel Labetoulle, lequel la confirma peu après (Principe de légalité et principe de sécurité, in *L'Etat de droit ; Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 403 s.) : la technique de la modulation par le juge administratif des effets de l'annulation d'un acte réglementaire serait de nature à « limiter l'effet déstabilisateur d'annulations dont, en l'état actuel du droit, certaines sont à peu près inévitablement suivies de validations législatives » (*ibid.*, p. 411).

(5) V. par ex. B. Pacteau, La rétroactivité jurisprudentielle, insupportable ?, in *Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 807 s.

(6) Lebon 564. 692, 844 ; BJD 2004. 294, concl. F. Seners ; RDI 2004. 463, note P. Soler-Couteaux et A. Robineau-Israël ; Dr. adm. 2004, n° 166, p. 47, note R. Noguellou.

(7) J. H. Stahl, An I Après AC ! : les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt « Association AC ! », *op. cit.*, p. 361.

(8) GAJA, 16^e éd., 2007, n° 111, p. 854, obs. MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé et Genevois.

(9) J. H. Stahl souligne ainsi qu'il était « certainement trop tôt » pour procéder à une telle évolution (*ibid.*)

(10) Lebon 1032 ; AJDA 2005. 2474, concl. Y. Aguila.

(11) Lebon 311, concl. M. Guyomar ; RFDA 2006. 375, note B. Plessix ; AJDA 2005. 1829, chron. C. Landais et F. Lenica ; LPA 23 sept. 2005, note F. Braud et A. Moustardier ; JCP 2006. II. 10601, note F.G. Trébulle ; D. 2005. 3075, note B. Quiriny ; V. F. Moderne, Le recours par le juge administratif aux principes dont s'inspire le code civil. Autour et à propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 8 juillet 2005, *Société Alusuisse-Lonza-France, in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 641 s.

(12) Lebon 421 ; AJDA 2003. 273, chron. F. Donnat et D. Casas.

(13) Lebon 118, concl. Y. Struillou ; RFDA 2006. 550, concl. Y. Struillou ; AJDA 2006. 796, chron. C. Landais et F. Lenica ; LPA 27 nov. 2006, note F. Melleray ; Constr-Urb. 2006, n° 101, p. 22, note M. A. Renault ; JCP 2006. I. 150, chron. B. Plessix.

(14) CE 28 sept. 2005, *Louis*, Lebon 401 ; AJDA 2006. 103, note A. M. Mazetier ; BJCL 2006. 60, concl. A. F. Roul, obs. J. C. B. ; AJDA 2005. 2425, chron. B. Seiller.

(15) L'arrêt *Louis* comportait en effet un considérant de principe dont la portée excédait notablement le champ des relations ordinaires : « [...] lorsque des dispositions législatives ou réglementaires organisent une procédure obligatoire de recours administratif préalable à l'intervention d'une juridiction, le respect de cette procédure s'impose à peine d'irrecevabilité du recours contentieux à toute personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour introduire ce recours contentieux ; [...] il en va ainsi même dans le cas où les dispositions régissant la procédure de recours administratif préalable, dans l'énumération qu'elles donnent des personnes susceptibles de le former, auraient omis de faire figurer toute autre personne justifiant d'un intérêt suffisant pour l'exercer ».

(16) On a relevé qu'en la matière, certains tiers auraient été déclarés irrecevables à présenter un recours administratif préalable devant la Commission nationale d'équipement commercial, faute d'avoir été mentionnés par les textes organisant cette procédure - et, en définitive, il est vraisemblable que le législateur aurait été amené à intervenir pour valider les situations litigieuses.

(17) Lebon 451 ; RFDA 2007. 265, concl. F. Seners ; AJDA 2006. 2385, chron. C. Landais et F. Lenica ; D. 2007. 621, note P. Cassia ; JCP A 2007, n° 2001, p. 24, note F. Melleray ; JCP 2006. I. 201, obs. B. Plessix ; JCP 2006. II. 10208, note S. Damarey ; Procédures 2006. 21, note S. Deygas ; LPA 12 janv. 2007, note F. Chaltiel.

(18) Lebon 541, note M. Guyomar ; RFDA 2007. 6, concl. M. Guyomar ; *ibid.*. 275, note G. Eveillard ; AJDA 2007. 358, chron. F. Lenica et J. Boucher.

(19) Par ex. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, préc.

(20) Sur ce rapport, brièvement dénommé rapport Molfessis (*Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005), V. not. études de S. Amrani-Mekki, C. Attias, J.-L. Aubert, X. Bachellier et N.-N. Jobard-Bachellier, M.A. Frison-Roche, Ph. Malinvaud, F. Melleray, J. Moneger et Y.M. Sernet, A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, RTD civ. 2005. 293 s. ; V. également, V. Heuzé, A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité, JCP 2005. I. 130 ; R. de Gouttes, Le Parquet Général de la Cour de cassation et la problématique des effets rétroactifs de revirement de jurisprudence, in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, D. 2007. 247 s. ; C. Radé, De la rétroactivité du revirement de jurisprudence, D. 2005. 988 s. ; P. Sargos, L'horreur économique dans les relations de droit, Dr. soc. 2005, p. 123 s. ; X. Lagarde, *Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir*, Archives Phil. dr. 2006, n° 50, p. 77 s. ; V. aussi les actes du colloque organisé le 12 janv. 2005 par la Cour de cassation (JCP 2005. Actu. 43).

(21) BICC 1^{er} mars 2007. 26 ; rapport A. Lacabarats, *ibid.* 29 ; avis A. Legoux, *ibid.* 44 ; JCP 2007. II. 10040, note E. Dreyer ; JCP 2007. II. 10111, note X. Lagarde ; RTD Civ 2007. 72, note P. Deumier.

(22) Ch. Mouly, Le revirement pour l'avenir, JCP 1994. I. 3776 ; X. Lagarde, *Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir*, Archives Phil. dr. 2006, n° 50, p. 77 s.

(23) Ainsi, la note à l'attention de M. le Président de la Section du contentieux, rédigée par J. H. Stahl et A. Courrèges, à propos de la question de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses (RFDA 2004.438 s.), évoque le problème du pouvoir normatif du juge, mis en relief dans une étude célèbre du professeur J. Rivero (Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968. 15 s.) ; l'auteur du *Rapport sur les revirements de jurisprudence* (Litec

2005), N. Molfessis, souligne d'entrée de jeu que « l'instauration d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence [...] présuppose la normativité des décisions rendues ». Rares sont ceux qui aujourd'hui, contestent que le juge, dans le contexte des revirements de jurisprudence, dispose d'un pouvoir normatif. Cela dit, le thème reste controversé - et l'appellerait sans doute une analyse plus approfondie.

(24) Il est significatif que viennent d'être publiés, presque simultanément, deux ouvrages sur ce thème : *La création du droit par le juge*, t. 50, Archives Phil. Dr., Dalloz, 2007, et *La création du droit jurisprudentiel*, *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007.

(25) T. Revet, *La légisprudence*, *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Defrénois 2005. 377 s.


(26) T. Revet, *op. cit.*, *eod. loc.*, p. 386

(27) Ph. Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603 s.

(28) T. Revet, *op. cit.*, p. 387 s.


(29) T. Revet, *op. cit.*, p. 387 s.

(30) Le commissaire du gouvernement D. Casas estime ainsi que « la solution consistant à dégager une règle nouvelle pour ne pas l'appliquer à l'espèce nous paraît difficilement compatible avec la prohibition des arrêts de règlement » (V. concl. ci-avant). V. sur ce thème, Y. Gaudemet, L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif, in *Juger l'administration, administrer la justice*, *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 387 s.


(31) J.-L. Aubert, Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute, RTD civ. 2005. 300. 

(32) *Ibid.*. 300, note 1.

(33) Chr. Atias, Sur les revirements de jurisprudence, RTD civ. 2005. 298 s. 

(34) La polémique portait sur la nature et la portée des actes interruptifs de prescription, en matière civile, dans le domaine sensible des atteintes à la présomption d'innocence. Elle avait été alimentée par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, en date du 8 juill. 2004 (Bull. civ. 2004. II, n° 387 ; RTD civ. 2005. 176, note Ph. Théry  ; JCP 2005. I. 143, note B. Beignier et B. de Lamy) qui s'était prononcé en faveur de la modulation des effets du revirement de jurisprudence - ce qui confirme l'arrêt d'Assemblée plénière du 16 juill. 2007.

(35) V. not. L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2006, préf. F. Sudre.

(36) V. sur ce point S. Aramni Mekki, Quelques réflexions procédurales, RTD civ. 2005. 293 s.  ; l'auteur évoque, sur la suggestion du rapport Molfessis ; l'intervention d'une procédure d'*amicus curiae*, ce qui pose inévitablement le problème de la désignation des intéressés, de leur représentativité, etc.

(37) P. Sargos, L'horreur économique dans les relations de droit, *op. cit.*

(38) X. Lagarde, *Jurisprudence et insécurité juridique*, D. 2006. 678. 